



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00248 2009 01021
Acusado condenado	Nora Patricia Raigoza Arteaga
Delito	Hurto continuado agravado por la confianza, falsedad en documento privado, supresión de documento privado, en concurso (Art. 31 CP)
Víctima	Agencia de Viajes Aeromedellín L'Alianza
Hechos	Hasta el año 2006
Juzgado <i>a quo</i>	Trece (13) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia
Asunto	Apelación sentencia de condena por trámite ordinario de 20 mayo 2016 (f. 373-387, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-45
Aprobado por acta	Nº 308 de 19 de septiembre de 2016
Exposición	Jueves 22 de septiembre de 2016; Hora:8:50 am; S-2
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, Septiembre veintidós (22) de dos mil dieciséis (2016)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de la ciudadana NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA.

2.- IDENTIFICACION DE LA ACUSADA (Arts. 128, 288-1° y 337-1 CPP)

Es la ciudadana NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA, de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° 42'764.511; nacida el 10 octubre 1964; hija de PEDRO PABLO y HONORATA.

3.- HECHOS, ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS

La señora NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA, desde el 2 octubre 2000, ingresa a laborar en la Agencia de Viajes Aeromedellín L'Alianza en el cargo de cajera. Durante ese tiempo empezó a apropiarse de dineros que los clientes pagaban en efectivo y no los consignaba. Todo lo hizo en compañía de la auxiliar contable MARIA PATRICIA MONTOYA CUERVO, quien empezó a laborar en la empresa desde 16 abril 1999. El monto de lo apropiado asciende a la suma de \$938'849.770.

Mediante sentencia de 20 mayo 2016, el señor Juez Trece Penal del Circuito de Medellín profirió condena en contra de la fulminada por los delitos endilgados. La pena fue de 135 meses de prisión y la accesoria de rigor, no concede subrogado ni sustituto penal (f. 373-357, co-1).

En sesión de 20 mayo 2016 (f. 370-371, co-1), la apodera judicial de la víctima, doctora NORA PATRICIA ARANGO ZAPATA, interpone y sustenta el recurso de apelación (f. 370, vt. co-1). Explica que por los daños reales causados que llevaron a la quiebra de la empresa la pena no debió ser en el segundo cuarto de movilidad y mucho menos en el mínimo de la pena, así que ha de incrementarse la sanción.

El señor abogado defensor, doctor MARCO ANTONIO MEJIA VANEGAS, interpone y sustenta el recurso de apelación (f. 389-405, co-1). Solicita nulidad de la actuación.

4.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos de los intervinientes.

4.1 La impugnación del abogado defensor y la apoderada de víctimas

El señor abogado defensor, expresa esencialmente, lo siguiente:

Que no hubo contradicción probatoria, no hubo justo juicio (f. 391, 393, co1), hay nulidad por falta de defensa técnica (f. 391, co-1), se presentó mucho aplazamiento de audiencias, que se tuvieron otras opciones tales como la negociación y el principio de oportunidad (f. 393, co-1), que hay empleados de mayor rango involucrados en el reato (f. 396, co-1), que no hubo material de descargo (f. 397, co-1), que no hubo defensa técnica (f. 398, co-1), que no hubo descubrimiento probatorio por la defensa en la audiencia preparatoria (f. 398, co-1), hay nulidad porque no hubo oposición a la teoría del caso de la fiscalía (f. 399, co-1), que todo el proceso se hizo en ausencia de la imputada (f. 400, co-1), que en otros sistema procesales penales se exige la presencia del acusado (f. 401, co-1), que no hubo alegatos de conclusión (f. 401, co-1), que no se garantizó el derecho de contradicción (f. 401-402, co-1), que en la sentencia no se relacionan las pruebas de la defensa (f. 401, co-1).

La apoderada judicial de la víctima, manifiesta: que el proceso se demoró precisamente por la misma conducta de la indiciada (f. 421, co-1), que el abogado contractual renunció porque su cliente no volvió a aparecer (f. 421, co-1), que el mismo abogado reconoció en audiencia que su cliente tomó dinero pero no en la cuantía denunciada (f. 422, co-1), que quien confesó el delito a la empresa fue MARIA PATRICIA MONTOYA CUERVO (f. 422, co-1).

Como apelante la víctima manifiesta (f. 370 vt., y 371, co-1), que no se debió partir del mínimo del cuarto seleccionado debido al gran daño que sufrió la víctima, tanto que fue declarada en quiebra y ello se demostró en el proceso penal. Para la Fiscalía, el señor juez sí se ocupó del tema, en igual sentido se manifiesta el abogado defensor 8f. 371, co-1).

4.2 Desarrollo procesal de la actuación

En audiencia de imputación de 17 febrero 2009 ante la Jueza 25 Penal Municipal de Medellín, se celebró audiencia de imputación de cargos con la presencia de las indiciadas MARIA PATRICIA MONTOYA CUERVO y NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA, con sus respectivos abogados defensores (f. 12, co-1). Los abogados impetraron cambio de procedimiento, razón por la cual se aplazó la audiencia. La implicada estuvo asistida por su abogado defensor contractual, doctor DIEGO ALONSO CORTES MEJIA

Por decisión *ad quem* de 20 marzo 2009 se dispuso adelantar el trámite bajo la égida de la Ley 906 de 2004 (f. 126, co-1).

El 22 mayo de 2009 se reanudó la audiencia de imputación de cargos (f. 148, co-1). La señora MARIA PATRICIA MONTOYA CUERVO, se allanó a los cargos (f. 148, co-1). La señora NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA no se allanó a los cargos. Se ordenó ruptura de la unidad procesal.

En la data de 18 junio 2009 se presenta escrito de acusación en contra de NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA (f. 149-159, co-1).

Ante el Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín se celebra audiencia de acusación el 14 octubre 2009 (f. 167, co-1). Se reconoce la calidad de víctima a la Agencia de Viajes Aeromedellín L'Alianza. La implicada estuvo asistida por su abogado defensor contractual, doctor DIEGO ALONSO CORTES MEJIA.

Se citó para audiencia preparatoria para la fecha de 12 julio 2010, donde al señor abogado defensor de la filiada, doctor DIEGO ALONSO CORTES MEJIA, solicitó aplazamiento para preparar una mejor asesoría debido a la gran prueba documental (f. 180, co-1).

En audiencia de 1° octubre 2010, se presentaron estipulaciones probatorias, el abogado defensor solicita como prueba pericia contable en auditoría (f. 188, co-1), y se niega prueba documental a la víctima (f. 188, co-1).

Por decisión *ad quem* se confirma la decisión confutada por la apoderada de la víctima (f. 193-196 y 199 co-1).

La audiencia de 5 diciembre 2011 no se pudo realizar por inasistencia del abogado defensor, doctor DIEGO ALONSO CORTES MEJIA (f. 253, co-1). Así mismo, sucede con la audiencia de 7 diciembre 2011 (f. 252, co-1).

Para la audiencia de 24 junio 2013 ya hay defensor público (f. 285, co-1).

La audiencia de juicio oral de 29 agosto de 2013 se celebró con el defensor público doctor LUIS CARLOS GIRALDO (f. 297, co-1), precisamente ante la insistencia del abogado contractual.

Se continúa el juicio el 26 noviembre 2013 (f. 301, co-1).

Como nuevo abogado defensor público se designa al abogado JOSE ABAD ZULETA CANO (f.306, co-1).

La audiencia de 19 marzo 2014 se aplaza por inasistencia de la apoderada judicial de la víctima (f. 310, co-1). La implicada estuvo asistida por su abogado defensor público.

En sesión de 5 junio 2014 se continua el juicio oral (f. 321, co-1). Participa el abogado defensor pública de la justiciable.

Mediante escrito de 23 junio 2014 la inculpada, NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA, designa como apoderado judicial al doctor MARCO ANTONIO MEJIA VANEGAS (f. 322-327, co-1).

La audiencia de 20 enero 2016 se suspende por petición del abogado defensor (f. 358, co-1).

En sesión de 25 febrero 2016 se presentan alegaciones de conclusión (f. 360-361, co-1).

En sesión de 20 mayo 2016 se da lectura al fallo de condena (f. 370-371, co-1).

4.3 La nulidad planteada por infracción al derecho de defensa

La Sala abordará en primer lugar la petición de nulidad impetrada por el abogado defensor.

Si se observa con cuidado el resumen de la intervención del abogado impugnante se colige fácilmente que su ataque va dirigido a descalificar la estrategia defensiva trazada por sus colegas anteriores apoderados judiciales de la implicada.

Sobre la acertada o equivocada estrategia defensiva de un apoderado judicial es algo que compete exclusivamente a la relación del profesional del derecho con su cliente; en modo alguno la judicatura puede cuestionar tal estrategia ni mucho menos descalificarla.

En otras palabras: la estrategia defensiva es ejercicio legítimo de una actividad profesional liberal en la que no es lícito, en principio, entrometerse por parte de la Judicatura, salvo situaciones extremas que por grotescas y aberrantes merezcan un llamado de atención o bien la orden para averiguación disciplinaria, pero este no es el caso; así como tampoco se puede deducir una vía de hecho.

Sobre el particular ha observado la Corte Constitucional:

“Con todo, en las condiciones anotadas, ha dicho la Corte¹ que, para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado, sino que es preciso acreditar que con tales irregularidades se condicionó, en forma decisiva, el contenido de su parte resolutive.

Desde esta perspectiva la Corte ha considerado que se entiende violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes elementos:

i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la

¹ Sentencia T-654 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en Sentencia T-784 de 2000, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales².

Así las cosas, frente a una presunta vulneración del derecho fundamental a una defensa técnica, es necesario estudiar cada caso concreto para evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del mismo”³.

No es motivo de nulidad, ni puede serlo, la estrategia defensiva de varios profesionales del Derecho que, como en este caso, merece total y absoluto respecto, y menos cuando el nuevo profesional ni siquiera señaló alguna prueba que por sí sola diera al traste con todo el trámite procesal o una prueba que por sí bastara para pregonar la inocencia de la acusada, pues sencillamente el impugnante se limita a señalar la vía abreviada como una de la alternativa de su cliente.

Desde antaño la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha explicado que no es suficiente a efectos de nulidad la crítica de un abogado con respecto a la estrategia de su antecesor, así:

“En síntesis, sobre la situación planteada el criterio de la Corte ha sido uniforme y reiterado, pues es claro que quien demanda la violación del derecho a la defensa por supuesta inactividad del abogado, debe demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación, y no limitarse en abstracto a criticar al defensor, ni a decir según su criterio qué hubiera hecho, pues es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca

² En este sentido se ha manifestado la Corporación, por ejemplo, al negar el amparo en un caso en el cual el juez había valorado una prueba obtenida al margen del debido proceso, sin que el sindicado hubiera tenido oportunidad de defenderse. En esta oportunidad la Corporación entendió que sólo procedía la acción de tutela si la mencionada prueba constituía un elemento central de manera tal que, sin ella, la decisión judicial hubiese sido, necesariamente, diversa. Como en el caso existían otros elementos que podían justificar la mencionada decisión la Corte no concedió la respectiva anulación. Sentencia T-008/98

³ Corte Constitucional. Sentencia T-957 de noviembre 17 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería

su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía constitucional”⁴.

Y con respecto a los defectos sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental por fallas de la defensa técnica, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así por ejemplo en sentencia T-028 de 2005, dijo⁵:

“Es necesario establecer si la falta de defensa técnica tuvo o puede haber tenido un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que sea posible afirmar que ésta incurre en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental. Así las cosas, no basta con demostrar que el defensor de oficio no cumplió a cabalidad con sus deberes profesionales, sino que es indispensable establecer si tal inactividad condujo a su vez a que el funcionario judicial adoptase una decisión que puede ser considerada una vía de hecho. En otras palabras, si a pesar de las deficiencias que presentó la labor desempeñada por un abogado de oficio, la decisión judicial fue adoptada por un funcionario competente, se respetaron todas y cada una de las etapas procesales correspondientes, se aplicó la legislación penal más favorable, las pruebas fueron debidamente aportadas al proceso y las partes contaron con la oportunidad para interponer los recursos legales pertinentes, no es posible aducir que la decisión judicial adoptada constituya una vía de hecho. En palabras de la Corte “*si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso*”⁶.

Posteriormente en vigencia del sistema mixto inquisitivo en auto de 20 febrero de 2008, Rad. 29.029, esto expuso la Corte:

“El solo silencio u omisión en presentar alegatos o controvertir las decisiones judiciales, no materializa “per se”, la violación de los deberes del profesional del derecho, ni mucho menos conduce a significar automático el perjuicio para el procesado, dado que la mejor defensa no es necesariamente aquella que se caracteriza por la profusión en el alegato o la enconada controversia con lo decidido por los funcionarios judiciales.

“Tantas como abogados hay, pueden ser las estrategias defensivas pasibles de hacer operar en el proceso penal y ninguna de ellas de ser descalificada de antemano solo porque el observador externo tenga una diferente óptica acerca de cómo

⁴ CSJ. Sala Penal. Sentencia de abril 29 de 1999, Rad. 13.315, M.P. Ricardo Calvete Rangel

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de enero 20 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶ En este sentido se ha manifestado la Corporación, por ejemplo, al negar el amparo en un caso en el cual el juez había valorado una prueba obtenida al margen del debido proceso, sin que el sindicado hubiera tenido oportunidad de defenderse. En esta oportunidad la Corporación entendió que sólo procedía la acción de tutela si la mencionada prueba constituía un elemento central de manera tal que, sin ella, la decisión judicial hubiese sido, necesariamente, diversa. Como en el caso existían otros elementos que podían justificar la mencionada decisión la Corte no concedió la respectiva anulación. Sentencia T-008/98

pudo desarrollarse la labor en pro de la persona vinculada al proceso.

“Y, claro, ya “ex post”, cuando se conoce que la justicia ha fallado adversamente a los intereses del procesado, emitiendo sentencia de condena, siempre será posible aventurar muchas hipótesis que de manera más o menos elaborada indiquen factible haber cambiado el curso de los hechos a favor del condenado.

Pero, desde luego, no pueden ser estas lucubraciones el factor que soporte la existencia del vicio hecho radicar en la ausencia de defensa técnica, cuando claro se tiene que la tarea defensiva opera de medio y no de resultado.

“En consideración a ello, del demandante en casación se reclama, para que su postulación por la vía de la nulidad radicada en la falta de defensa técnica tenga buena fortuna, precisar adecuadamente los hechos, acorde con lo que el expediente informa, y a partir de allí determinar de manera objetiva no solo el comportamiento del profesional del derecho que se estima lesivo a los intereses del procesado, explicando por qué dentro del contexto concreto de lo habilitado en el expediente era otra la actividad que debía esperarse, sino los efectos que la omisión o mala praxis tuvieron respecto de la condición particular del procesado, a la manera de entender que de haberse actuado como el recurrente lo postula, otra, bastante más favorable, hubiese sido la suerte de su protegido legal”

Con respecto a la estrategia defensiva por cambio de abogado defensor, ha explicado la alta corporación:

“Para responder el punto, debe recordarse, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte tiene decantado que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de completa iniciativa, y si con posterioridad el nuevo defensor no comparte la estrategia defensiva asumida por su antecesor, no puede sostenerse, en ese solo hecho, que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, ya que la ley no le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate”⁷.

Con respecto a la supuesta inactividad o inexperiencia del anterior abogado defensor en el sistema acusatorio penal, esto expresó la alta corporación judicial en Sentencia de 20 octubre de 2010, Rad. 33.752, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez:

“No bastaba, entonces, con denunciar de manera genérica la supuesta inactividad de su antecesor, tópico sobre el cual, ha sido bastante prolífica la producción jurisprudencial de la Corte en un tema de suyo subjetivo que dice relación con la independencia y autonomía propias del profesional del derecho en la que entiende la mejor manera de afrontar la estrategia defensiva, cuando claro se halla que en este tipo de asuntos no existen verdades

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 29 febrero de 2008, Rad. 29.118, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

reveladas ni mecanismos únicos y es precisamente la particularidad de cada caso el factor a examinar para definir si hubo o no comportamiento negligente u omisivo y, a renglón seguido, si esta falta de actividad tuvo efectos trascendentes que perjudicaron la condición sub iudice del vinculado penalmente”.

Dígase que *“el simple cambio de defensor no puede servir de soporte para estructurar una nulidad a partir del expediente de culpar al predecesor de faltar a la asesoría técnica”*⁸.

Ahora bien, no se puede argumentar en este sistema como en el mixto inquisitivo que *“ese silencio no fue suyo sino de su antecesor en el cargo, simplemente porque la labor de la defensa (...) no se estima personal sino institucional y suficientemente sabido se tiene ya que el nuevo profesional del derecho asume su cargo en el estado que se halle el proceso, con las cargas, beneficios y perjuicios que los anteriores han dejado. En definitiva no es motivo de nulidad considerar que otra estrategia sería mejor para los intereses del cliente”*⁹¹⁰.

De otra parte, no se puede establecer en forma irrefutable cuál pudo ser la mejor y más afortunada estrategia defensiva, pues cada letrado tiene su particular forma de afrontar la labor encomendada¹¹.

La Corte en auto Rad. 41.544 de 3 julio de 2013, con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, expresó que: *“Respecto del tema de la defensa técnica y los factores que conducen a declarar la nulidad por ausencia de la misma, bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, enfatizando cómo a la definición de efectiva vulneración no puede llegarse por el camino de la simple disparidad de criterios con lo realizado por el profesional del derecho, ni es la crítica un asunto que derive consecuencia de la decisión adversa tomada por la judicatura en contra del acusado, pues, siempre será posible, en el plano de la simple especulación, decir que cualquier tipo de actividad distinta a la que se realizó pudo llevar a mejores consecuencias”*.

En la misma providencia 41.544 de 3 julio de 2013 se agregó que: *“Al respecto, la Corte tiene que precisar cómo, en sana lógica jurídica, la suma de irregularidades intrascendentes, por muchas que ellas puedan hacerse ver, de ninguna manera conforma el tópico de trascendencia que obliga la anulación del trámite por violación de esa garantía constitucional y legalmente establecida en favor del procesado”*.

Finalmente, los avatares propios del proceso penal llevan a predicar que la mejor tarea defensiva no necesariamente conduce a la absolución¹².

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia caso Viñas, Rad. 38.020 de 18 abril de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho

⁹ CSJ. Sala Penal. Casación de 21 febrero de 2007, Rad. 22.873, M.P. Javier Zapata Ortiz: “sin embargo, el silencio fue su modo de operar, con lo cual dejó ayuno su ataque, pues ello debe entenderse más que como un quebranto a las garantías constitucionales o procesales como una estrategia defensiva, la cual no puede argumentarse en sede extraordinaria como una conculcación al derecho mismo reclamado”

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto del SMI de 23 mayo de 2012, Rad. 34.197, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 25.247 de 28 septiembre de 2006 y Sentencia Rad. 39.394 de 27 febrero de 2013

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 41.544 de 3 julio de 2013, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

En auto con Rad. 42.247 de 9 octubre de 2013, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se explicó: *“y descalificando la actuación de su predecesor, creyendo erradamente que la única estrategia defensiva que debió seguirse es la que actualmente propone. (...) Para el caso concreto, la Sala halla que el recurrente pasó por alto en su argumentación tan elementales principios de fundamentación, sin que sean de recibo las explicaciones entregadas para obviar la sustentación, basadas genéricamente en la que estima pobre alegación del profesionales que le antecedió a partir de lo que él hubiera hecho, por la potísima razón de que se verificó que en el asunto analizado sí se ha demostrado que hubo defensor idóneo que siempre estuvo presentes en el trámite y desplegó una intensa y adecuada labor defensiva”*.

Adicionalmente, la acriminada no fue declarada en contumacia ni persona ausente, al contrario, estuvo pendiente de las citaciones judiciales y de las audiencias correspondientes.

La controversia probatoria se garantizó efectivamente en la audiencia de juicio oral, a través de los interrogatorios y, finalmente, a través de las alegaciones de conclusión y de la interposición del recurso de apelación.

- **En conclusión:** Por los motivos expuestos, se rechaza de plano la petición de nulidad.

4.4 **Apelación de la apoderada judicial de la víctima**

La Sala responde al cuestionamiento de la víctima, así:

El señor BERNARDO GIL dice que en efecto se puso en quiebra la empresa, que la defraudación superó los mil millones de pesos.

Por su parte, la señora LUZ MARINA ACOSTA MESA dice que en efecto la empresa fue liquidada por estos hechos de defraudación.

Se demostró entonces en juicio que a raíz del delito, la empresa fue liquidada.

Establecidos los cuartos de movilidad, se fija la pena según el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal.

El mínimo de pena o el máximo o la cantidad intermedia, dentro del cuarto o segmento ya fijado, dependerá del artículo 61 incisos 3° y 4° que indican:

“Artículo 61. Fundamentos para el proceso de individualización de la pena [...]

[...]

“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

“Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”.

Se indica con la gravedad del delito la peculiaridad que lo hace más reprochable y condigno de mayor reproche jurídico; se relaciona con *“la mayor o menor afectación al bien jurídico tutelado por la ley”*¹³.

Esta circunstancia se refiere a un plus de la conducta que está más allá de la misma circunstancia de agravación, genérica o específica, y que es un comportamiento especial que aumenta la intensidad del injusto, sin que el legislador la haya contemplado expresamente como agravante y en tal medida se justifica la distinción que hace el precepto examinado¹⁴. Son pues, manifestaciones existenciales especiales que caracterizan determinada conducta.

Son criterios que también agravan la conducta para efectos de mayor punición, por ejemplo, la premeditación soterrada y calculada del reato, o el empleo de medios hábiles para impedir el descubrimiento.

“En consecuencia, al señalar el juzgador que el aquí acusado actuó en las condiciones anotadas, en manera alguna valoró doblemente la agravante consistente en abusar de la confianza, sino que se refirió a los fundamentos previstos en el artículo 61, inciso tercero, del Código Penal, para individualizar la pena en el caso concreto, aludiendo con aquellos adjetivos a la gravedad de la conducta expresada en los medios hábilmente empleados por el procesado para impedir ser descubierto”¹⁵.

Adicionalmente, el daño fue real, tanto que realmente llevó a la quiebra de la empresa.

Así entonces, se impondrá el máximo del cuarto seleccionado.

- **En conclusión:** Se accederá al pedimento de la víctima y no se impondrá el mínimo de la pena del cuarto seleccionado; se impondrá el máximo del cuarto seleccionado.

4.5 Corrección de oficio de la determinación de la pena

El señor Juez 13 Penal del Circuito de Medellín, seleccionó como cuarto de movilidad el segundo, dado que concurrían circunstancias de mayor punibilidad según el Art. 61.2 del C.P.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 25 agosto de 2010, Rad. 33.458, M.P. María del Rosario González de Lemos

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia de 2 de diciembre de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; citada en sentencia de 23 de septiembre de 2003, Radicado 17.089, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 29 octubre de 2008, Radicado 24.582, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

De conformidad con el escrito de acusación de 18 junio 2009, ninguna circunstancia de mayor punibilidad se dedujo, al contrario, se aclaró que concurría la circunstancia del Art. 55.1 del C.P, esto es, una de menor punibilidad (f. 157, co-1).

En la audiencia de acusación de 24 junio 2013, nada se dijo sobre el particular (f. 285, co-1).

La selección del cuarto de movilidad, será así.

AMBITOS DE MOVILIDAD			
Cuarto mínimo	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto máximo
El juzgador se ubica en el primer ámbito de movilidad, si no existen circunstancias genéricas de menor punibilidad ni de mayor punibilidad o concurren únicamente las de menor punibilidad (Art. 55 CP). Pero ello no quiere decir que la pena deba ser en el extremo mínimo del primer ámbito de movilidad.	El Juzgador se ubicará en el segundo cuarto cuando las circunstancias de menor punibilidad (Art. 55 CP) superan a las circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP), o al menos son iguales en cantidad. CSJ SP6699-2014 (43.524) de 28 mayo de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.	El Juzgador se ubicará en el tercer cuarto cuando las circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP) superan en cantidad a las de menor punibilidad (Art. 55 CP). CSJ SP6699-2014 (43.524) de 28 mayo de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.	El juzgador se ubicará en el último ámbito de movilidad, cuando únicamente concurren circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 CP).

Como solamente hay circunstancia de menor punibilidad, la pena necesariamente será en el primer ámbito.

En este sentido de oficio se ha de corregir el yerro del juzgador.

4.6 Determinación concreta de la pena

El primer ámbito de movilidad para el delito de hurto agravado continuado va de 64 meses de prisión hasta 111 meses de prisión.

Se impondrá 111 meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

El incremento por los otros dos delitos se hará proporcionalmente, es decir, que el incremento será de seis meses por el punible de falsedad en documento privado y seis meses por el ilícito de supresión en documento privado.

La pena definitiva será de ciento veintitrés (123) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igualmente de 123 meses.

En este sentido se reforma la sentencia.

4.7 Sobre subrogados penales y mecanismos sustitutivos

4.7.1 Subrogado de la condena de ejecución de la pena

Los hechos, como ya se dijo, van hasta el año 2006, es decir, cuando todavía no había entrado en rigor su modificación impuesta por el Art. 29 de la ley 1709 de 20 enero de 2014, y estaba vigente, por el contrario, el canon 63 del Código Penal.

La Sala entonces ha de indicar cuál de las dos normas se debe aplicar por favorabilidad en el *sub lite*.

Las normas en conflicto son las siguientes:

Art. 63 del Código Penal	Art. 29 Ley 1709 de 20 enero de 2014
<p>Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años. 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p>Inciso adicionado por la Ley 890 de 2004, artículo 4º, adición que entra a regir a partir de enero 1º de 2005. Su concesión estará supeditada al pago</p>	<p>Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado

<p>total de la multa. (Nota: El artículo 4º de la Ley 890 de 2004 fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005, Providencia confirmada en la Sentencia C-823 de 2005. Esta última Providencia declaró exequible condicionalmente apartes de la norma).</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.</p>	<p>sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.</p> <p>La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.</p> <p>El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.</p>
---	--

Con respecto al numeral primero del original Art. 63 del Código Penal no procede el subrogado en la medida que uno de los delitos excede de 48 meses

4.7.2 Prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión

La prisión domiciliaria está regulada en el Art. 38 de la Ley 599 de 2000, modificado luego por el Art. 22 de la Ley 1709 de 20 enero de 2014 y con requisitos impuestos en el Art. 23 que adicionó el Art. 38-B a la Ley 599 de 2000.

Las normas son del siguiente tenor:

Art. 38 Ley 599 de 2000	Art. 23 Ley 1709 de 20 enero de 2014
<p>Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos: (Nota: Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-581 de 2001, en relación con los Cargos analizados en la misma.).</p> <p>1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.</p>	<p>Artículo 23. Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:</p> <p>Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:</p> <p>1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.</p>

<p>2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.</p> <p>3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:</p> <p>1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.</p> <p>2) Observar buena conducta.</p> <p>3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.</p> <p>4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.</p> <p>5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.</p> <p>Inciso 2º modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 1º. El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por la autoridad judicial que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, según su competencia legal, entre otros, y que serán indicados por la autoridad judicial, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.</p>	<p>2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.</p> <p>3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.</p> <p>En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.</p> <p>4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:</p> <p>a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;</p> <p>b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;</p> <p>c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;</p> <p>d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.</p>
--	---

Se cumple con el primer presupuesto de la norma actual, la que se aplica por razones de favorabilidad.

Así pues, es más favorable la Ley 1709 de 2014, que se aplicará en su integridad ya que se refiere a un mismo instituto jurídico. Se reitera la pena no supera los ocho (8) años de prisión, esto es, 96 meses de prisión.

El segundo requisito de la norma es que *“no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”*. Los delitos por los cuales se procede no se encuentran enlistado en dicha norma

El canon 68-A de la Ley 599 de 2000, modificado por el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014, reza:

Artículo 32. Modifícase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Artículo 68A. **Exclusión de los beneficios y subrogados penales.** No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. (Se subraya).

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

No se tiene la limitación por el antecedente penal dentro de los cinco años anteriores, pues la filiada no cuenta con sentencia en su contra.

Se concederá la prisión domiciliaria a la ciudadana NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA, para lo cual deberá prestar caución equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016 teniendo en cuenta la magnitud de la defraudación y su capacidad económica. Se le concederá cinco (5) días para su consignación, so pena de su revocatoria.

Se garantiza mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

5.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena objeto de confutación en contra de NORA PATRICIA RAIGOZA ARTEAGA de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** pero se modifica la sanción para imponer una definitiva de ciento veintitrés (123) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igualmente de 123 meses; **(iii)** se niega la condena de ejecución condicional de la pena, pero se concede la prisión

domiciliaria con caución equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2016, a efectos de garantizar las obligaciones del Art. 23 Ley 1709 de 20 enero de 2014, so pena de su revocatoria; **(iv)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GOMEZ
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado